

Le 10 août 2012

Procédure de consultation relative à la modification du code pénal et du code pénal militaire (mise en œuvre de l'art. 121 al. 3 à 6 Cst., relatif au renvoi des étrangers criminels)

***Prise de position du Département de droit pénal
et du département de droit public***

A. Introduction

1. Le peuple et les cantons ont approuvé le 28 novembre 2010 l'initiative populaire « pour le renvoi des étrangers criminels (initiative sur le renvoi) », tout en rejetant le contre-projet qui lui était simultanément opposé.

L'adoption par l'Assemblée fédérale d'un contre-projet à l'initiative précitée s'est imposée en raison des problèmes juridiques que le renvoi systématique de certains étrangers du territoire suisse, sans exception au vu du texte de l'initiative, ne manquerait pas de générer. Dans le message qu'il a présenté le 24 juin 2009 aux Chambres, le Conseil fédéral a en effet relevé que la mise en œuvre indifférenciée des mesures proposées par l'initiative entrerait en conflit avec plusieurs instruments internationaux de protection des droits de l'homme auxquels la Suisse est Partie (CEDH, Pacte II, CDE), ainsi qu'avec l'Accord international sur la libre circulation des personnes (ALCP)¹.

2. L'initiative populaire ayant été validée par l'Assemblée fédérale en dépit des problèmes juridiques qu'elle pose, puis acceptée par le peuple et les cantons, la cheffe du département fédéral de justice et police a mis sur pied un groupe de travail composé d'experts et de membres de l'administration fédérale. Ce groupe n'ayant pas été en mesure de rédiger un texte uniforme, deux variantes sont présentement soumises à consultation.

3. Le rapport explicatif présenté à l'appui des solutions préconisées par le groupe de travail relève que la variante 1 se fonde sur les propositions soutenues par une majorité de ce groupe. Elle accorde un poids accru aux nouvelles dispositions constitutionnelles par rapport au droit constitutionnel en vigueur et au droit international. Ces nouvelles dispositions entraînent un durcissement de la pratique actuelle en matière d'expulsion et impliquent des restrictions dans l'application de certains principes. Sur le plan du droit international, cette variante entend cependant tenir compte des droits de l'homme garantis par le droit international.

La variante 2 reprend la solution proposée par les membres du comité d'initiative présents au sein du groupe de travail. Elle part du principe que les nouvelles normes

¹ FF 2009 4571, en particulier p. 4580 ss.

constitutionnelles ont la primauté absolue sur les dispositions constitutionnelles antérieures et sur les règles non impératives du droit international, en particulier sur les droits de l'homme. Le choix d'une variante au détriment de l'autre exerce par conséquent une influence déterminante, d'un point de vue juridique, sur le respect par la Suisse des engagements internationaux auxquels elle a souscrit dans le domaine de la protection des droits de la personne humaine.

B. Remarques générales

4. Tant la variante 1 que la variante 2 attribuent au juge pénal la compétence d'expulser les étrangers concernés par l'article 121 alinéas 3 à 6 Cst. Cette innovation introduit une rupture fondamentale dans le système traditionnel qui régit les mesures d'éloignement des étrangers.

La modification de la partie générale du code pénal entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2007² ainsi que l'adoption de la loi fédérale sur les étrangers du 16 décembre 2005³ ont en effet conduit à la disparition de la norme pénale qui permettait l'expulsion judiciaire⁴. L'article 121 alinéas 3 à 6 Cst. n'impose aucunement pareil revirement. Les raisons présentées par le groupe de travail dans le rapport explicatif pour retenir cette solution ne sont, au reste, guère convaincantes⁵.

5. La compétence de prononcer l'expulsion des personnes visées par les normes constitutionnelles précitées devrait plutôt incomber aux autorités administratives, via une révision de la loi fédérale sur les étrangers.

C. Remarques sur la variante 1

6. Comme le relève le rapport présenté à l'appui de la variante 1, les innovations législatives proposées permettent de réconcilier l'article 121 alinéas 3 à 6 Cst. avec les droits de l'homme et l'ALCP.

7. Cette variante présente l'avantage de réaliser le mandat prévu à l'article 5 alinéa 4 Cst., qui prévoit que la Confédération et les cantons respectent le droit international. Le Tribunal fédéral a par ailleurs précisé que le principe de la primauté du droit international sur le droit interne découle de la nature même de la règle internationale, hiérarchiquement supérieure à toute règle interne⁶. Il en va, en particulier, ainsi dans le domaine de la protection des droits de la personne humaine⁷.

8. En cas d'adoption de la variante 1, les risques de condamnations émanant de tribunaux suisses ou de la Cour européenne des droits de l'homme pour violation de la CEDH paraissent limités, sans être exclus pour autant, ainsi qu'en attestent trois arrêts rendus par la Cour européenne des droits de l'homme à propos de notre pays dans le

² RO 2006 3459 ; FF 1999 1787.

³ RS 142.20.

⁴ Voir sur le sujet le message du Conseil fédéral du 8 mars 2002, FF 2002 3469. Sur les problèmes liés à la dichotomie entre expulsion administrative et expulsion judiciaire, voir déjà GIORGIO MALINVERNI, Article 69^{ter}, in : Commentaire de la Constitution fédérale du 29 mai 1874, Bâle/Berne/Zurich 1995, p. 21s., §72ss, en particulier 78.

⁵ Rapport explicatif, p. 19.

⁶ ATF 131 V 66 consid. 3.2 p. 70 *M.*; 122 I 485, consid. 3a p. 487 *S. c. Office fédéral de la police*.

⁷ ATF 136 III 168 consid. 3.3.2 p. 171 *Ma.*; 136 II 241 consid. 16.1 p. 255 *X.* et les autres références citées.

cas de renvois d'étrangers jugés exagérément sévères⁸.

9. Comme le relève le rapport explicatif présenté par le groupe de travail, la Suisse s'expose, de manière générale, à une condamnation par la Cour européenne des droits de l'homme lorsqu'elle met en œuvre des normes internes contraires à la CEDH. En pareille hypothèse, elle doit ensuite prendre les mesures nécessaires afin d'éviter que le même type de violation de la Convention ne se répète⁹. Il s'ensuit qu'une norme de rang législatif contraire à la CEDH ne saurait en principe trouver application.

10. Les différentes dispositions proposées par la variante 1 appellent les observations suivantes, dans l'hypothèse où l'expulsion des étrangers visés par l'article 121 alinéas 3 à 6 Cst. viendrait à être attribuée aux instances pénales en dépit des remarques qui précèdent :

Le rangement de l'expulsion parmi les (autres) mesures (art. 66 ss. CP) est adéquate.

L'article 66a AP ne constitue pas, loin s'en faut, un exemple de bonne technique législative. Une liste d'infractions et des clauses générales (fondées en l'espèce sur un plancher ou un plafond de peine) ne font jamais bon ménage lorsqu'il s'agit de justifier une même conséquence juridique, ici l'expulsion. Ce résultat hautement insatisfaisant semble toutefois trouver son origine dans la rédaction des alinéas 3 et 4 de l'article 121 Cst. On s'en accommodera donc.

Les articles 66b à 66d AP s'inscrivent dans la logique de la nouvelle et n'appellent pas de commentaires particuliers.

Réprimant l'obtention abusive de prestations d'une assurance sociale ou de l'aide sociale, l'article 148a AP est techniquement très insatisfaisant. D'une part, l'adverbe «illégalement» n'apporte jamais rien à quelque incrimination, puisque cette dernière décrit par définition un comportement contraire au droit, c'est-à-dire illégal ; au mieux constitue-t-il un rappel inutile de l'exigence générale d'illicéité comme seconde condition fondamentale de la punissabilité¹⁰. D'autre part, l'article 148a AP permettrait d'appréhender l'auteur qui use de déclarations fausses ou incomplètes etc. pour obtenir des prestations auxquelles il a droit ; or, un tel comportement ne mérite pas d'être érigé en infraction pénale. Seule l'obtention *indue* de prestations sociales est susceptible de motiver une sanction pénale ; ainsi seulement est préservé le parallèle avec l'article 146 CP réprimant l'escroquerie, qui pose l'exigence d'un préjudice chez autrui. L'article 148a AP doit donc être reformulé par la suppression de l'adverbe «illégalement» et l'adjonction de l'adjectif «indues» après le substantif «prestations».

Les dispositions relatives au casier judiciaire et les modifications apportées au CPM ne motivent pas de remarques spécifiques par rapport à celles qui précèdent.

D. Remarques sur la variante 2

11. La variante 2 présente des contours nettement plus stricts que la variante 1. Elle affiche plusieurs dispositions qui, en tant que telles, contreviennent aux droits de l'homme et à l'ALCP. Son adoption exposerait la Suisse à des constats de violation de la CEDH, ainsi que du Pacte II et de la CDE dans le cadre des rapports périodiques que présente notre pays aux Comités onusiens institués par ces deux derniers instruments. De même, la Suisse n'échapperait pas à un constat de violation délibérée des

⁸ ACEDH *Boultif c. Suisse*, arrêt du 2 août 2001 ; *Emre c. Suisse*, arrêt du 22 mai 2008 ; *Emre c. Suisse* (n° 2), arrêt 11 octobre 2011.

⁹ Rapport explicatif, p. 11.

¹⁰ Voir PHILIPPE GRAVEN, *L'infraction pénale punissable*, 2^e éd., Berne 1995, p. 101.

engagements internationaux auxquels elle a souscrit sur la scène universelle dans le cadre du rapport périodique universel qu'effectue le Comité des droits de l'homme de l'Organisation des Nations Unies. Cette éventualité paraît d'autant plus regrettable que la Suisse a pris une part particulièrement active dans l'élaboration et la mise au point de cette instance et de son mécanisme de protection des droits de l'homme¹¹.

Les motifs qui précèdent ne peuvent que conduire au rejet de cette variante.

12. Pour le surplus et à toutes fins utiles, on relèvera encore ce qui suit :

On ne comprend pas pourquoi l'avant-projet mentionne les intitulés du Chapitre 1 et de la Section 1, qui reprennent le droit actuel sans y apporter le moindre changement.

Le rangement des articles 73a ss. AP dans un nouveau Chapitre 3 consacré exclusivement à l'expulsion du territoire suisse (avec modification correspondante de l'intitulé du Titre 3) trahit une méconnaissance profonde du système des sanctions pénales, lesquelles se subdivisent en peines et mesures exclusivement. Il n'y a pas de troisième catégorie. L'expulsion est une peine (accessoire), comme le prévoyait l'ancienne partie générale du code pénal suisse (art. 55 aCP), ou alors une (autre) mesure, comme le prévoit la variante 1 (*supra* C).

Procédant par voie d'énumération d'infractions qui motivent une expulsion, l'article 73a AP est par définition lacunaire et comporte le risque d'inégalités de traitement flagrantes. Face à deux maux, la technique législative retenue aux fins de l'article 66a AP selon la variante 1 mérite ainsi la préférence.

L'article 73d AP est contraire à tous les principes connus et reconnus en matière de hiérarchie des normes.

L'article 151a AP suscite les mêmes critiques que celles mentionnées plus haut à l'enseigne de l'article 148a AP selon la variante 1.

Michel Hottelier
Professeur
Département de droit pénal

Bernhard Sträuli
Directeur
Département de droit pénal

¹¹ Voir FF 2009 5673 ; 2008 5511.